

A.I. Nº - 080556.0001/16-0
AUTUADO - BUAIZ S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - VANILDA SOUZA LOPES
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/09/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0178-02/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. OPERAÇÕES COM TRIGO NACIONAL E IMPORTADO E COM FARINHA DE TRIGO. PROTOCOLO ICMS 46/00. Cabe ao importador, ao adquirente ou ao destinatário a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido pelas entradas e pelas saídas subsequentes, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, na entrada no estado, real ou simbólica, de trigo em grão, farinha de trigo e mistura de farinha de trigo, com origem do exterior, de trigo em grão, adquirido diretamente junto a produtor localizado em estado signatário do Protocolo ICMS 46/00. O imposto de importação está incluído na base de cálculo do ICMS na importação o montante formado pelo valor total de aquisição ou recebimento da mercadoria, adicionado de todas as despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, até o momento do ingresso no estabelecimento adquirente, nela incluído o montante do próprio imposto, acrescido, ainda, do valor resultante da aplicação dos percentuais previstos na cláusula terceira do Protocolo ICMS 46/00. No cálculo do imposto devido à Bahia, deve-se considerar as despesas incorridas em cada importação. Demonstrado que foram incluídas nas bases de cálculo do ICMS-ST, valores de notas fiscais complementares de outras importações, resultando em um novo valor correspondente ao ICMS a ser partilhado em desconformidade com o estabelecido no Protocolo ICMS 46/00. A autuada recolheu os valores reconhecidos, devendo serem homologados. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2016, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 35.215,17, acrescido da multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, pela constatação da infração a seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 – 08.26.02: Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, para fatos ocorridos em fevereiro a abril, julho a dezembro de 2011, janeiro a março e julho a dezembro de 2012.

A autuante esclareceu que “O Auto de Infração foi lavrado em virtude do recolhimento a menor do ICMS-ST devido, conforme cálculo do imposto para efeito de partilhamento entre as unidades federadas de origem e destino, feito com base na média ponderada dos valores das importações ou aquisições, acrescidas das despesas incorridas até o ingresso da mercadoria no estabelecimento adquirente, importações ou aquisições estas, ocorridas no mês mais recente em relação à respectiva operação interestadual, conforme Protocolo 46/00. Foram apuradas

diferenças de repasses, referentes ao ICMS-ST da farinha de trigo para a Bahia, no exercício de 2011 - R\$ 25.269,95 e no exercício de 2012 - R\$ 9.945,22, no total de R\$ 35.215,17, de ICMS-ST não recolhido, conforme planilhas anexas - DEMONSTRATIVOS - ANEXO I a ANEXO VII, e documentos anexos - ANEXO VIII e ANEXO IX”.

A autuada através de seus advogados impugnou o lançamento, fls. 641 a 645, onde reproduziu a infração, relatou os fatos e demonstrou a tempestividade da defesa.

Em seguida afirma que o Auto de Infração apresenta duas impropriedades e, por isso, precisa ser revisado: *(I)* por conter erro na definição da base de cálculo do ICMS substituição, por conta da soma em duplicidade de valores representativos das mesmas despesas; e *(II)* por ter a Fiscalização deixado de observar o pagamento do ICMS realizado em maio, junho de 2011 e abril de 2012.

Destaca que o ICMS-ST devido foi calculado com base nos valores das importações ou aquisições, acrescidos das despesas incorridas até o ingresso da mercadoria no estabelecimento adquirente, importações ou aquisições ocorridas no mês mais recente em relação à respectiva operação interestadual. Desse critério, diz não discordar, contudo, entende que o imposto somente pode ser calculado na exata dimensão e nos limites daquilo que seja despesa. E mais, determinada despesa só pode ser utilizada uma vez no cálculo do ICMS, sob pena de bitributação.

Aponta nos cálculos realizados haver um equívoco em razão da Fiscal ter contabilizado a mesma despesa em duplicidade no cálculo do valor do ICMS, haja vista que no “*Demonstrativo do Cálculo do ICMS-ST da Farinha de Trigo*”, indevidamente foram incluídas notas fiscais complementares emitidas, como se fossem novas despesas a compor a base de cálculo do ICMS.

Esclarece que essas notas fiscais complementares não configuram despesas novas, pois apenas representam e documentam a diferença entre o total de despesas relacionadas à operação de importação e a nota fiscal primeiramente emitida pelo contribuinte.

Explica que em determinados casos, a empresa não possuía condições de antecipar todos os custos e despesas relativas à operação com o trigo. Assim, após emitir as notas fiscais no início da operação, ao final restavam despesas por elas não contempladas, o que ensejou a emissão das notas fiscais complementares. Portanto, as despesas contempladas nas notas fiscais complementares são as mesmas já contabilizadas pela Fiscal no “*Demonstrativo do Cálculo do ICMS-ST*”.

Defende que deve ser reformado o Auto de Infração, para excluir as notas fiscais complementares do cálculo do ICMS, evitando-se utilizar em duplicidade a mesma despesa para fins de definição da base de cálculo do imposto. Para tanto, apresenta planilha do cálculo do ICMS efetivamente devido, com a exclusão das notas fiscais complementares.

Afirma ainda que a Fiscalização não atentou para os pagamentos realizados em maio, junho de 2011 e abril de 2012, conforme comprovantes em anexo, visto que a fiscalização reuniu 2011 e 2012, cujos pagamentos foram feitos em virtude da apuração de resíduo de despesas das operações realizadas, especialmente em 2011. Portanto, necessitam ser contabilizados na apuração do eventual saldo devedor.

Requer a recepção da impugnação, com efeito suspensivo, e a julgar procedente para cancelar/reformar o Auto de Infração.

Protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito, em especial, documental, pericial e testemunhal e pede que as intimações sejam realizadas em nome da empresa autuada no endereço indicado.

A autuante prestou a informação fiscal, fls. 686 a 692.

Após relatar os fatos e reproduzir a infração, informou que a apuração do ICMS-ST devido, levou em consideração as vendas realizadas pela empresa para o estado da Bahia em operações sujeitas à substituição tributária conforme Protocolo ICMS 46/2000.

Salienta que a autuada, tem como atividade principal a moagem do trigo e fabricação de derivados, recolhe seus tributos para o Estado da Bahia consoante regime especial, obtido através de Termo de Acordo, em razão de estar situada no Espírito Santo, signatário do Protocolo ICMS 46/00, que dispõe sobre a harmonização da substituição tributária do ICMS nas operações com trigo em grão e farinha de trigo, mas que não faz parte deste Protocolo, por não o ter implementado internamente.

Complementa que por essa razão a autuada solicitou e obteve regime especial, através do Termo de Acordo nº 8615/2004 para efetuar os recolhimentos do ICMS-ST para o estado da Bahia, concernente às operações com trigo em grãos, farinha de trigo e mistura de farinha de trigo, na condição de contribuinte substituto, em conformidade com o citado Protocolo ICMS 46/00.

Por conseguinte, o ICMS-ST recolhido para a Bahia nas operações, em virtude do Termo de Acordo nº 8615/2004, é efetuado conforme as disposições do Protocolo ICMS 46/00, que determina o partilhamento entre as unidades federadas de origem e destino, com base na média ponderada dos valores das importações ou aquisições, acrescidas das despesas incorridas até o ingresso da mercadoria no estabelecimento adquirente, importações ou aquisições essas, ocorridas no mês mais recente em relação à respectiva operação interestadual (o mês anterior mais recente).

Acrescenta que o citado Protocolo preceitua, ainda, que a carga tributária será de 33% do valor da operação e que o partilhamento de 60% do valor da carga tributária apurada, conforme Cláusula sétima. Ou seja, a apuração do imposto não é efetuada através de conta corrente.

Destaca que a autuação abrange os meses em que foram verificadas diferenças de ICMS-ST para o estado da Bahia, apuradas conforme o mencionado Protocolo ICMS 46/00.

Passando a analisar as argumentações do contribuinte, informa que foi realizada a verificação detalhada das despesas apresentadas pela empresa, constantes dos Anexos VIII e IX e do CD, fls. 66 a 632, cujas somas dos valores foram inseridas no Demonstrativo Anexo III, fls. 09 e 10, e Demonstrativo Anexo VI, fls. 34 e 35.

Complementa que examinou também, as cópias das notas fiscais complementares, e não identificou a correspondência dessas despesas, com as notas listadas no Demonstrativo Anexo III, constantes da tabela:

NAVIO	MÊS	Nº NF	DI	DATA EMISSÃO	VALOR OUTRAS DESP. ACESSÓRIAS	FOLHA
VITÓRIA	Jan/11	004.114	NF Complementar	14/04/2011	19.999,99	83
VITÓRIA	Jan/11	004.470	NF Complementar	31/05/2011	49.999,99	84
TRANSFORMER	Fev/11	004.471	NF Complementar	31/05/2011	159.999,99	160
TRANSFORMER	Fev/11	004.117	NF Complementar	14/04/2011	49.999,99	161
ADVENTURE	Ago/11	007.478	NF Complementar	09/03/2012	199.999,99	289 A
DONA MARIA	Out/11	007.476	NF Complementar	09/03/2012	199.999,99	324
DONA MARIA	Nov/11	007.477	NF Complementar	09/03/2012	199.999,99	325

Observa que os valores das notas fiscais complementares, encontram-se no campo “*outras despesas acessórias*” e não tem relação com outras despesas já consideradas, que configure duplicidade.

Quanto a alegação de que não foram incluídos os pagamentos do ICMS, relativos a maio, junho de 2011 e abril de 2012, esclarece que foram considerados todos os pagamentos dos meses em que foram averiguadas diferenças do repasse do ICMS-ST para a Bahia.

Explica que de acordo com Protocolo ICMS 46/00, a apuração do imposto para o repasse é feita mensalmente, somando a quantidade de farinha de trigo saída, sendo o valor do ICMS-ST do kg calculado com base nas aquisições do mês mais recente em relação às respectivas saídas, incluindo na base de cálculo, a soma de todas as despesas incorridas até o ingresso do produto no estabelecimento adquirente.

Diz que desse modo, não foram acrescentados os pagamentos de maio, junho de 2011 e de abril de 2012, por não se referirem aos meses em que foi reclamada a diferença de repasse do ICMS-ST.

Ressalta que o contribuinte inseriu valores de ICMS de R\$ 673,64 em maio de 2011, R\$ 1.679,25 em junho de 2011 e R\$ 16.077,72, em abril de 2012, como pagamentos de ICMS, que não correspondem

a valores de GNRE, e não está no contexto de cálculo com todos os documentos comprobatórios correspondentes as saídas do produto, os valores das importações e aquisições do trigo, com as respectivas notas fiscais e declarações de importação - Dis, e todas as despesas relativas aos meses de pagamento.

Diz anexar cópia da relação dos pagamentos do ICMS-ST que constam nos registros da SEFAZ/Ba, referentes a 2011 e 2012 - Relação de DAES - Ano 2011, Relação de DAES - Ano 2012 e Relação de DAES - Ano 2013.

Aponta a existência de pequenas diferenças no cálculo do repasse do ICMS-ST do Auto de Infração, demonstrada nas planilhas correspondentes, resultando na diferença de repasse em 2011 e em 2012, respectivamente: (I) R\$ 25.342,91; e (II) R\$ 9.881,55, alterando o valor da infração para R\$ 35.224,46, conforme demonstrado da tabela:

Mês	2011 - R\$	2012 - R\$	Totais
Jan.	0,00	1.069,92	1.069,92
Fev.	1.553,40	1.078,57	2.631,97
Mar.	615,15	328,24	943,39
Abr.	730,99	0,00	730,99
Jul.	1.848,62	462,74	2.311,36
Ago.	1.206,47	1.008,63	2.215,10
Set.	2.912,97	1.456,70	4.369,67
Out.	4.389,66	1.531,15	5.920,81
Nov.	6.072,08	1.510,82	7.582,90
Dez.	6.013,57	1.434,78	7.448,35
Total	25.342,91	9.881,55	35.224,46

Informa que os trabalhos de fiscalização foram efetuados de forma não presencial, com base nas informações dos sistemas da SEFAZ, informações extraídas dos arquivos das notas fiscais eletrônicas e dos arquivos e cópias de documentos enviados pelo contribuinte, visando a averiguação da consistência do cálculo dos repasses do ICMS-ST e recolhimentos devidos para o estado da Bahia, cuja previsão legal está consolidada no Protocolo ICMS 46/00, em consonância com o regime especial do Termo de Acordo nº 8615/2004.

Explica que o citado Protocolo atribui ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pelo cálculo do repasse e recolhimento do ICMS, devido nas subsequentes saídas, nas operações interestaduais realizadas para os contribuintes do ICMS, situados nas unidades federadas signatárias desse protocolo.

Considerou que, na forma da legislação vigente, os elementos que ensejaram a ação fiscal foram devidamente caracterizados e os argumentos e documentos apresentados pela defesa, não comprovam a relação de duplicidade de despesas somadas e acrescentadas aos cálculos do repasse e que os pagamentos de ICMS informados pela defesa não constam nas GNRE e não se referem aos meses da autuação.

Por fim, opina pela procedência do Auto de Infração, observando os valores apresentados nas Planilhas Anexos I a V que anexou.

Intimada, fl. 705, a autuada apresentou petição, fl. 707, requerendo a prorrogação do prazo de 30 dias para manifestação.

Em 05/09/2017, a autuada apresentou manifestação, fls. 745 a 752.

Após transcrever resumidamente a informação da autuante, apontou a necessidade de retificação do Auto de Infração e reabertura do prazo para defesa, sob a justificativa de que houve alteração não apenas do valor, mas também a redefinição da base de cálculo de algumas competências.

Indicando haver erro na definição da base de cálculo, repisa os mesmos argumentos já apresentados na defesa, assim como reafirma que a Fiscal, por equívoco, contabilizou a mesma despesa em duplicidade no cálculo do ICMS, pois as notas fiscais complementares não configuram despesas novas, e sim a diferença entre o total de despesas relacionadas à operação de importação e a nota fiscal primeiramente emitida.

Conclui ser necessária a reforma do Auto de Infração, para excluir as notas fiscais complementares do cálculo do ICMS, evitando-se contar em duplicidade a mesma despesa para fins de definição da base de cálculo do imposto, conforme planilha com o cálculo do imposto efetivamente devido, com a exclusão das notas fiscais complementares, que apresenta.

Refirma que a Fiscalização, indevidamente, adotou acumuladamente dois critérios para mensuração das despesas. Somou os comprovantes de despesas por ela incorridas (comprovadas por notas fiscais de terceiros etc.) com notas fiscais complementares, emitidas pela própria autuada, como se tratasse de comprovação de uma nova despesa.

Assevera que a nota complementar é relativa à operação realizada em meses pretéritos, não representando despesas incorrida no mês de sua emissão.

Demonstra a título de exemplo, a mercadoria relativa ao NAVIO VITÓRIA, cuja desembarço ocorreu em janeiro de 2011, com a emissão de duas notas complementares números 004.114 e 004.470 emitidas em abril e maio de 2011, respectivamente, onde é possível constatar em alguns casos que houve pagamento a menor o ICMS-ST.

Requer sejam acolhidos os cálculos apresentados, com a retificação do valor devido, e excluir as notas complementares dos cálculos das despesas incorridas pela empresa.

Em relação ao pagamento realizado em junho de 2011 e abril de 2012, informa ter emitido notas fiscais complementares relativas a operações realizadas em meses anteriores e efetuou o pagamento do ICMS-ST com base no valor do mês de emissão da nota. Assim, apesar do pagamento do imposto ter sido efetuado em meses não incluídos na apuração fiscal, os pagamentos se referem a operações realizadas em meses anteriores incluídos no Auto de Infração.

Aduz, que o pagamento efetuado mesmo que tardiamente, não pode ser desprezado para fins de cálculo do imposto devido relativo a operações que foram sujeitas à fiscalização, como por exemplo, a nota fiscal complementar nº 004.470, de 31/05/2011, mas se refere a mercadoria do NAVIO VITÓRIA, com desembarço ocorrido em janeiro de 2011, e foi incluída na cobrança. Assevera que a nota fiscal foi incluída no cálculo do ICMS-ST do mês de sua emissão e paga pela empresa, juntamente com os demais encargos havidos no mês em questão. Assim, resultou em pagamento de ICMS-ST a maior neste mês.

Acrescenta que o mesmo ocorreu em todos os meses em que houve pagamento a maior, onde parte do crédito apurado é relativo a operações realizadas em outros meses e que foram incluídos na autuação, portanto, entende que a fiscalização deveria ter avaliado os pagamentos realizados nos três meses mencionados.

Repisa que os pagamentos foram feitos, justamente, em virtude da diferença entre o pagamento realizado com base nas notas fiscais iniciais tiradas por estimativa e o valor total da mercadoria, que ensejou a emissão de notas complementares, quitadas nos meses de emissão, dentre eles, os meses em que foi observado pagamento a maior. Portanto, necessitam ser contabilizados na apuração do eventual saldo devedor da contribuinte.

Destaca que os valores indicados pela empresa como de pagamentos a maior, representam apenas a diferença entre o ICMS-ST que seria devido no mês em questão e o ICMS-ST efetivamente pago. O valor integral de ICMS-ST pago e apurado pela empresa nos meses correspondentes, encontra-se incluído e indicado nas GNREs.

Lembra que a autoridade fiscal tem o dever de verificando pagamento a maior, efetuar a compensação com os valores devidos, evitando-se que se faça necessário ao contribuinte ingressar com pedido de restituição e ou compensação.

Requer, que seja devolvido o prazo para apresentação e impugnação, diante da alteração do Auto de Infração, ou que a impugnação seja, desde já, julgada procedente para cancelar ou reformar o Auto de Infração.

A autuante prestou informação, fls. 795 a 803. Após relatar os fatos, ao analisar os argumentos da manifestação, identificou que as importações ocorridas em outubro e novembro de 2011, foram somadas em conjunto, fl. 10, para apurar o valor do ICMS-ST por kg do produto e na soma houve uma pequena diferença no valor do imposto referente ao repasse do ICMS gerando uma diferença a menor de R\$ 400,39 e para dezembro/2011 na diferença a maior de R\$ 473,35. A diferença total do repasse do ICMS-ST em 2011, passou para R\$ 25.342,91.

Diz ter procedido uma revisão referente às diferenças de valores de repasse do ICMS-ST de janeiro e fevereiro de 2012, alterando a diferença do total do repasse do ICMS de 2012 para R\$ 9.881,55.

Conclui que total do débito passou para R\$ 35.224,46, conforme demonstrado.

A respeito de alegação de erro na definição da base de cálculo em razão de despesas que foram somadas em duplicidade, afirma que considerou para o cálculo do imposto os valores das importações com todas as despesas incorridas. Consequentemente, os valores somados ao mês das importações, e não ao mês em que notas fiscais de despesas de uma importação foram emitidas, em data posterior. Nas Planilhas apresentadas na Demonstração do Cálculo do ICMS, as notas fiscais complementares foram incluídas no mês das respectivas importações e não no mês da emissão da nota fiscal.

Ressalta que as despesas aduaneiras incorridas nas importações, compõem a base de cálculo do ICMS-ST, ainda que conhecidas ou pagas após o desembaraço.

Quanto a nota fiscal nº 004.470, de 31/05/2011, informa que foi somada às despesas das importações referentes ao navio VITÓRIA, janeiro/2011, para o cálculo do ICMS-ST, não podendo ser incluída nas despesas de maio/2011, como todas as notas fiscais complementares que foram incluídas nos meses das importações e não ao mês da sua emissão.

Reapresenta a demonstração das notas fiscais complementares.

Em relação aos pagamentos referentes a maio e junho/2011 e abril/2012, relembra o que determina o Protocolo ICMS 46/00 na apuração do ICMS, e afirma que em janeiro, maio e junho de 2011 e abril, maio e junho de 2012, não houve reclamação de repasse de ICMS-ST, pois não apurou diferenças a menor.

Pontua que nenhum pagamento efetivo de repasse do ICMS-ST mensal, foi desconsiderado desde que comprovado, sendo que não tem competência para proceder a compensação de valores.

Aconselha a autuada solicitar restituição, embasada na Planilha demonstrativa da apuração do ICMS por kg, apresentando os comprovantes das importações com todas as despesas. Quando houver compra de produto no mercado nacional, as notas fiscais de compra e comprovantes de todas as despesas como frete, incluindo o marítimo e fluvial, seguro, despesas de embarque e desembarque dos produtos nacionais, até a entrada no estabelecimento.

Reitera os termos da informação fiscal, fls. 686 a 693, e os demonstrativos anexos, fls. 694 a 704, observando que não foi demonstrado e comprovado que as notas fiscais complementares dizem respeito a despesas já somadas para o cálculo do ICMS-ST, no mês da importação à qual se referem, e que as despesas aduaneiras incorridas nas importações, compõem a base de cálculo do ICMS, não obstante serem conhecidas ou pagas após o desembaraço.

Ressalta que eventuais cálculos e pagamento a maior, por qualquer motivo, incluindo despesas alocadas em importações e meses incorretos, podem ser recuperados através do pedido de restituição.

Mantém como procedente o Auto de Infração, observando as alterações já apontadas.

Notificada da informação, fl. 805-A, em 03/10/2018 a autuada solicitou prorrogação de 30 dias, para manifestação, autorizada pelo Inspetor Fazendário.

Assim, a autuada se manifestou, fls. 840 a 858.

Relata o teor da defesa e das informações fiscais prestadas e quanto a arguição de erro na definição da base de cálculo, explica que em 2011, conforme quadros demonstrativos plotados,

diz comprovar que as notas fiscais complementares adicionadas ao Auto estão em duplicidade - Demonstrativo Navio Vitória - Anexo VIII.

Observa que nos demonstrativos, todas as notas fiscais de compras mais as notas fiscais complementares somam R\$ 1.151,19 de ICMS-ST devido, sendo que no Auto de Infração foi calculado o valor de R\$ 1.553,40, resultando na diferença de R\$ 402,21. Dessa forma, diz comprovar que as notas fiscais complementares números 004.114 e 004.470 foram adicionadas às despesas.

Apresenta o Demonstrativo Navio Transformes - Anexo VIII, onde a soma de todas as notas fiscais de compras mais as notas fiscais complementares totalizam R\$ 35,34 de ICMS-ST devido, sendo que na autuação foi calculado o valor de R\$ 615,15, resultando na diferença a maior de R\$ 579,81, ou seja, as notas fiscais complementares números 004.471 e 004.117 foram adicionadas às despesas.

Demonstrativo Navio Dona Maria - Anexo VIII, observa que apesar do valor calculado pela fiscalização, diz comprovar que o valor da nota fiscal complementar nº 007.476, corresponde ao valor calculado pela Fiscalização, quando não considera esse documento fiscal, utilizando apenas as despesas do navio, o que diz comprovar que o valor corresponde a soma da nota fiscal complementar com as demais despesas, resulta na duplicidade.

Demonstrativo Navio Adventurer - Anexo VIII, diz demonstrar que a soma de todas as notas fiscais de compras mais as notas fiscais complementares totalizam R\$ 1.503,69 de ICMS-ST devido, sendo que no Auto consta R\$ 2.912,97, resultando a diferença a maior de R\$ 1.409,29, o que comprova que as nota fiscal complementar nº 007.478 foi adicionada às despesas.

Demonstrativo Navio Dona Maria - Anexo VIII, demonstra que as despesas consideradas no demonstrativo de R\$ 1.108.400,67 estão considerando em outubro e novembro, porém o correto é as separar, pois as notas de entrada números 005.959 e 005.960 foram emitidas em 10/2011 e as demais números: 005.965, 005.967, 005.973, 005.976 e 005.983, em novembro e nota fiscal complementar número 007.476 e 007.477.

Apresenta tabela com a demonstração da soma de todas as notas fiscais de compras totalizando R\$ 1.732,72 de ICMS-ST devido, sendo que no Auto de Infração foi calculado R\$ 6.072,08, onde foram consideradas as notas fiscais acima indicadas, sendo que no cálculo do contribuinte constou apenas os documentos emitidos em outubro/2011, que é a premissa adotada no Protocolo ICMS 46/00, onde os documentos fiscais foram emitidos, de acordo com a liberação da DI desembaraçada.

Em outra tabela aponta a que a soma de todas as notas fiscais de compras mais as notas fiscais complementares totalizam R\$ 1.449,02 de ICMS-ST devido, sendo que no Auto de Infração foi calculado R\$ 3.786,73, resultando as diferenças a maior de R\$ 2.337,71, comprovando que à nota fiscal complementar nº 007.477 foram adicionadas as despesas.

Observa que a autuante utilizou indevidamente a nota fiscal complementar nº 007.476 do Navio Dona Maria, ata 438 de junho/2011, como sendo desse navio que teve o mesmo nome Dona Maria ata 614.

Após as demonstrações, via planilhas, da inadequação dos valores lançados pela fiscalização e da existência de cobrança em duplicidade, diz concordar com a Fiscalização ao afirmar que as despesas de importação devem ser adicionadas realmente no mês da importação. Todavia, observa não ter como identificar quais despesas estão compondo as notas fiscais complementares, pois o valor da nota fiscal complementar emitida corresponde a diferença entre as despesas adicionadas na nota fiscal de entrada menos o total de despesas realmente apuradas na importação, porém no campo dados adicionais da nota fiscal foi observado o nome do navio.

Reproduz tabela que afirma demonstrar que as notas fiscais complementares nada mais são do que documentos emitidos pela própria Buai para suporte das despesas que não estavam ainda compondo a nota fiscal de entrada, devido ao fato do término das despesas muitas vezes ocorrer após o desembaraço e da emissão da nota fiscal de entrada. Despesas essas que são notas fiscais

de terceiros, sendo que o documento hábil para dar suporte da entrada de custos na composição do trigo em grãos é a nota fiscal complementar.

Acrescenta que uma nota fiscal emitida pelo próprio contribuinte não representa uma nova despesa dele. Afinal ele não pode ser credor e devedor de si mesmo. Não se pode confundir nota fiscal própria com despesa realizada com terceiros.

Quanto aos pagamentos referentes a maio, junho de 2011 e abril de 2012, onde as notas fiscais complementares emitidas foram consideradas na base de cálculo como base para o ICMS-ST, dos navios Vitória, Transformes, Adventure e Dona Maria, refazendo os cálculos, apontou saldo devedor a pagar. Assim, entende não ser justo retirar esses valores do mês que foi recolhido utilizando a emissão da nota fiscal complementar como base.

Justifica que o pagamento, ainda que tardio, é causa de extinção da obrigação tributária. Sinaliza que a fiscalização incluiu notas fiscais complementares emitidas em meses posteriores na base de cálculo do imposto devido no mês da importação e desconsiderou o mês de emissão, para atrelá-la ao navio da respectiva importação.

Ressalta que não teria como pagar antecipadamente a parcela do ICMS calculado sobre a nota fiscal complementar, mesmo antes de sua emissão. Logo, a exigência da Fiscalização é materialmente impossível de atender.

Admite que a nota fiscal complementar emitida em mês posterior venha a integrar a base de cálculo do ICMS relacionado à importação anterior, é necessário considerar que a contribuinte efetuou pagamento do imposto relativo a essa mesma nota fiscal, mesmo que de forma atrasada.

Aduz que a Fiscalização não pode considerar notas fiscais complementares emitidas em meses distintos para fins de cobrança e, ao mesmo tempo, aceitar apenas os pagamentos realizados no mês da importação.

Acrescenta ser necessário verificar que: se o contribuinte pagou o ICMS relacionado à nota fiscal complementar, porque não haveria meios de pagar o imposto antes da emissão da nota fiscal, caberia ser apurado o pagamento do ICMS correspondente ao valor da nota fiscal complementar realizado no mês correspondente à emissão da respectiva nota.

Repisa que se os pagamentos relativos às notas fiscais complementares ainda que prevaleça a alegação da Fiscal de que foram feitos em meses não abrangidos pela apuração fiscal, ainda que tardio, configura pagamento, razão pela qual, entende que devem ser demonstrados pela Fiscalização os meses de maio, junho de 2011 e abril de 2012, vez que abrangem o período fiscalizado.

Anexa tabela onde simula com os dados das premissas apurados pela Fiscalização dos meses 05 e 06/2011 que não foram demonstrados no Anexo II e apresenta o resumo dos valores revistos:

Mês	ICMS Devido	ICMS Recolhido	Diferença	Auto de Infração	Valor Cobrado a Maior	Resultado
Fev-11	37.347,38	36.196,19	1.151,19	1.553,40	402,21	Cobrança a maior
Mar/11	43.195,67	43.160,34	35,33	615,15	579,82	Cobrança a maior
Abr-11	51.291,57	51.249,59	41,98	730,99	689,01	Cobrança a maior
Mai/11	150.540,97	154.354,91	-3.813,94	0,00	0,00	Recolhimento a maior
Jun-11	125.088,95	130.413,27	-5.324,32	0,00	0,00	Recolhimento a maior
Jul/11	111.536,13	109.687,66	1.848,47	1.848,62	0,15	Cobrança a maior
Ago-11	72.839,32	71.632,95	1.206,37	1.206,47	0,10	Cobrança a maior
Set/11	80.758,08	79.254,38	1.503,70	2.912,97	1.409,27	Cobrança a maior
Out-11	122.638,70	120.372,72	2.265,98	4.389,66	2.123,68	Cobrança a maior
Nov/11	120.444,12	118.711,40	1.732,72	6.072,08	4.339,36	Cobrança a maior
Dez-11	126.720,59	122.933,86	3.786,73	6.013,57	2.226,84	Cobrança a maior
Totais	1.042.401,48	1.037.967,27	4.434,21	25.342,91	11.770,44	Cobrança a maior

A autuante prestou nova informação, fls. 890 a 899, onde fez um relato completo da defesa, das manifestações da autuada e em seguida passou a tratar da última manifestação.

Diz ter verificado as demonstrações apresentadas pelo contribuinte e entende que as despesas complementares são despesas adicionais, que devem ser somadas aos valores das importações/navios, aos quais se referem.

Quanto ao argumento de que não tinha como pagar o ICMS relativo a uma nota complementar antes de sua emissão, lembra a peculiaridade do Protocolo ICMS 46/00, determinando que o ICMS não é pago pela nota fiscal, mas pelo resultado do valor das importações de cada mês, verificadas nas Declaração de Importação - DI e DIs retificadoras, se houver, acrescido de todas as despesas, do MVA, e calculado o valor do ICMS por kg da farinha de trigo, que servirá de base para o cálculo do repasse pelas remessas de farinha de trigo para a Bahia. Portanto, o cálculo é feito com base nas importações e nas despesas do mês imediatamente anterior ao mês das remessas (saídas) do produto.

Acrescenta que a soma dos valores de outras importações, altera o valor do ICMS por kg de cada mês, conforme a legislação. Então, as notas fiscais complementares foram realocadas para os meses das importações a que se referem, e apurados os valores que foram autuados.

Ressalta que o ICMS-ST recolhido para o estado da Bahia, referente às remessas dos produtos, deve ser efetuado conforme as disposições do referido Protocolo ICMS 46/00, que determina o partilhamento entre as unidades federadas de origem e destino, feito com base na média ponderada dos valores das importações ou aquisições, acrescidas das despesas incorridas até o ingresso da mercadoria no estabelecimento adquirente, importações ou aquisições essas, ocorridas no mês mais recente em relação à respectiva operação interestadual (o mês anterior mais recente).

Lembra que o Protocolo preceitua, ainda, em sua Cláusula terceira, inc. I, que a carga tributária será de 33% do valor da operação e, na Cláusula Sétima, que o partilhamento será de 60% do valor da carga tributária apurada, para o estado destinatário, valores vigentes até 31/03/2017.

Quanto a apuração de maio e junho de 2011, abril, maio e junho de 2012, que não tiveram imposto reclamado, o contribuinte ao apresentar a demonstração dos valores nas planilhas em sua defesa, fls. 672 a 677, não acrescentou os cálculos referentes a esses meses, embora tenha registrado valores como recolhidos. No seu demonstrativo dos valores revistos, fl. 858, embora tenha apontado valor do ICMS devido, e diferenças a maior no recolhimento em maio e junho de 2011, não demonstrou através dos documentos: DI, e/ou aquisições nacionais relativos ao cálculo do período, com as respectivas despesas, e o cálculo do ICMS devido com as diferenças.

Destaca que o contribuinte reconheceu e recolheu com os devidos acréscimos moratórios e multa, dos valores recolhidos a menor, no total de R\$ 23.791,58, correspondente ao valor principal de R\$ 21.116,54. Portanto o saldo não reconhecido é R\$ 14.034,97, valor histórico:

Mês/Ano	Valores - R\$			
	Autuado	Reconhecido	Pago	Saldo
Fev/11	1.553,40	1.151,18	1.151,18	402,22
Mar/11	615,15	35,33	35,33	579,82
Abr/11	730,99	41,98	41,98	689,01
Jul/11	1.848,62	1.848,62	1.848,62	0,00
Ago/11	1.206,47	1.206,47	1.206,47	0,00
Set/11	2.912,97	1.503,69	1.503,69	1.409,30
Out/11	4.389,66	2.265,98	2.265,98	2.123,68
Nov/11	6.472,47	1.732,73	1.732,73	4.739,74
Dez/11	5.540,22	1.449,02	1.449,02	4.091,20
Jan/12	1.107,46	1.069,92	1.069,92	0,00
Fev/12	1.104,70	1.078,56	1.078,56	0,00
Mar/12	328,24	328,24	328,24	0,00
Jul/12	462,74	462,74	462,74	0,00
Ago/12	1.008,63	1.008,63	1.008,63	0,00
Set/12	1.456,70	1.456,70	1.456,70	0,00
Out/12	1.531,15	1.531,15	1.531,15	0,00
Nov/12	1.510,82	1.510,82	1.510,82	0,00
Dez/12	1.434,78	1.434,78	1.434,78	0,00
Soma	35.215,17	21.116,54	21.116,54	14.034,97

Conclui que a questão em lide diz respeito aos valores das notas fiscais complementares, nos meses em que a fiscalização as incluiu compondo o valor total da importação à qual elas se referem, com o objetivo de calcular o valor do ICMS por quilograma para o repasse do imposto.

Foram autuados os valores não comprovados os respectivos recolhimentos.

Complementa que considera procedente o Auto de Infração, com as alterações apontadas. É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de reter e recolher o ICMS-ST a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes estabelecidos neste estado, tempestivamente impugnada.

O sujeito passivo é contribuinte do ICMS, inscrito no cadastro estadual na condição de SUBSTITUTO/RESPONSÁVEL ICMS DESTINO, é estabelecido do município de Vitória/ES e desenvolve a atividade econômica principal de CNAE-Fiscal 1062-7/00 - Moagem de trigo e fabricação de derivados, dentre outras secundárias.

Do início da ação fiscal o contribuinte foi cientificado, conforme Intimação para Apresentação de Livros e Documentos emitida em 08/04/2016 e notificado da lavratura do Auto de Infração e consequente intimação para quitar o débito ou apresentação de defesa administrativa, através de Aviso de Recebimento dos Correios, recebido em 13/07/2016, fls. 638 e 639.

A defesa não arguiu nulidade, contudo, atesto que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara e é possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Observe que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

No mérito, a defesa entende ser improcedente a autuação fundamentada no que identificou como duas impropriedades: *(I)* erro na definição da base de cálculo do ICMS-ST, por conta da soma em duplicidade de valores representativos das mesmas despesas; e *(II)* a Fiscalização deixou de observar o pagamento do ICMS realizado em maio e junho de 2011 e de abril de 2012.

Na primeira informação fiscal a autuante contestou os argumentos da defesa, explicando que realizou verificação detalhada das despesas apresentadas e asseverou também ter analisado as cópias das notas fiscais complementares, e não identificou nelas a correspondência das despesas nomeadas no Demonstrativo - Anexo III.

Quanto ao segundo argumento, assegurou que foram incluídos todos os pagamentos dos meses em que identificou diferenças do repasse do ICMS-ST para a Bahia.

Inconformada, a autuada se manifestou nos autos reiterando sua arguição defensiva e em nova informação, a autuante procedeu a revisão dos valores do ICMS-ST, identificando pequenas diferenças no valor do imposto ao somar as importações de cada mês decorrente de diferenças do preço por quilograma que serve para o cálculo do repasse do ICMS-ST.

Quanto a arguição da duplicidade de valores decorrentes das notas fiscais complementares, a Fiscal explicou que de acordo com o Protocolo ICMS 46/00, deve ser considerado para o cálculo do repasse do ICMS-ST, os valores das importações, acrescida de todas as despesas incorridas em cada uma operação, ou seja, os valores somados no mês das importações, e não no mês em que as notas fiscais de despesas de uma importação foram emitidas.

Em nova manifestação, sobre a alegação de erro na definição da base de cálculo, a autuada se propôs a detalhar cada caso que poderia afastar a cobrança desses valores que considerou duplicada e concordou que as despesas de importação devem ser adicionadas no mês da importação, todavia, admitiu não poder separar quais despesas estão compondo as notas fiscais

complementares, uma vez estas que se referem as diferenças entre as despesas adicionadas na nota fiscal de entrada e o total das despesas realmente apuradas na importação. Porém, ressaltou que no campo dos dados adicionais da nota fiscal, consta o nome do navio que fez o transporte da importação.

Explicou que as notas fiscais complementares são os documentos emitidos para dar suporte às despesas que não estavam computadas na nota fiscal de entrada, em razão do fechamento dos valores dessas despesas, que em alguns casos, ter ocorrido após o desembaraço e a emissão da nota fiscal de entrada. E foram emitidas para atender uma exigência fiscal, nos casos em que a nota fiscal emitida por estimativa, não correspondia ao preço total da mercadoria, razão pela qual só puderam ser emitidas ao final de toda operação, o que, em alguns casos, ocorreu em meses subsequentes.

Lembrou que a Fiscalização não pode considerar notas fiscais complementares emitidas em meses distintos para fins de cobrança e, ao mesmo tempo, aceitar apenas os pagamentos realizados no mês da importação. Portanto, deve ser considerado o pagamento do ICMS correspondente ao valor da nota fiscal complementar realizado no mês correspondente à emissão da respectiva nota.

Na última informação, a autuante atestou que a autuada considerou as despesas complementares como despesas adicionais, portanto, manteve o entendimento que estes valores devem ser somados aos valores das importações em cada navio.

Concluiu que a questão em lide diz respeito aos valores das notas fiscais complementares, nos meses em que a fiscalização as incluiu compondo o valor total da importação à qual elas se referem, com o objetivo de calcular o valor do ICMS por quilograma para o repasse do imposto.

Feitos os esclarecimentos acerca das posições da Fiscalização e da autuada, constato que a Fiscal definiu com clareza o que restou a ser decidido na lide.

Para melhor analisar recorro ao que diz o Protocolo ICMS 46/2000 sobre a metodologia do cálculo do ICMS-ST devido às operações na cláusula quarta, cuja redação transcrita surtiu efeitos até 31/03/2017:

Cláusula quarta *A base de cálculo do imposto será o montante formado pelo valor total de aquisição ou recebimento da mercadoria, adicionado de todas as despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, até o momento do ingresso no estabelecimento adquirente, nela incluído o montante do próprio imposto, acrescido, ainda, do valor resultante da aplicação dos seguintes percentuais:*

I - na importação do trigo em grão do exterior e nas aquisições de unidades da federação não signatárias, bem como na aquisição interestadual efetuada diretamente a produtor localizado em unidades da federação signatária:

a) 142% (cento e quarenta e dois por cento), quando oriundas do exterior ou de unidades da federação com alíquota interestadual de 12% (doze por cento), devendo este percentual ser ajustado para se obter a carga tributária de 33% (trinta e três por cento), caso a alíquota interna adotada pela unidade federada de destino seja diferente de 12% (doze por cento).

b) 155,75% (cento e cinquenta e cinco inteiros e setenta e cinco centésimos por cento), quando oriundas de Unidade da federação com alíquota interestadual de 7% (sete por cento), devendo este percentual ser ajustado para se obter a carga tributária de 33% (trinta e três por cento), caso a alíquota interna adotada pela unidade federada de destino seja diferente de 12% (doze por cento).

II - nas operações com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo oriundas do exterior e de unidades da federação não signatárias deste protocolo:

a) 120% (cento e vinte por cento), quando oriundas do exterior ou de unidade da federação não signatária com alíquota interestadual de 12% (doze por cento), devendo este percentual ser ajustado para se obter a carga tributária de 30% (trinta por cento), caso a alíquota interna adotada pela unidade federada de destino seja diferente de 12% (doze por cento).

b) 132,50% (cento e trinta e dois inteiros e cinquenta centésimos por cento), quando oriundas de unidade da federação não signatária com alíquota interestadual de 7% (sete por cento), devendo este percentual ser ajustado para se obter a carga tributária de 30% (trinta por cento), caso a alíquota interna adotada pela unidade federada de destino seja diferente de 12% (doze por cento). (Grifos do relator)

É indubitoso que quaisquer despesas adicionais apuradas mesmo após o desembaraço aduaneiro, deve ser considerada no cálculo do imposto por substituição a ser recolhido para a unidade federativa de destino da mercadoria importada. Contudo, estas despesas devem ser computadas utilizando como critério o valor da importação e não o valor apurado no mês em que a despesa foi apurada.

No presente caso, restou claro e comprovado que as notas fiscais complementares emitidas pela autuada se referiram às importações anteriores àquelas arroladas na infração, cabendo a sua cobrança nos meses em que ocorreram as operações, face a cobrança em duplicidade, vez que a autuada comprovou que o valor da nota fiscal complementar emitida corresponde à diferença entre as despesas adicionadas na nota fiscal de entrada menos o total de despesas realmente apuradas na importação, conforme indicado no campo dados adicionais onde consta indicado o nome do navio correspondente a importação.

Portanto, cabe razão a autuada e assim, tenho a infração como parcialmente subsistente no montante de R\$ 21.116,54:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
28/02/2011	09/03/2011	6.771,65	17,00	60,00	1.151,18
31/03/2011	09/04/2011	207,82	17,00	60,00	35,33
30/04/2011	09/05/2011	246,94	17,00	60,00	41,98
31/07/2011	09/08/2011	10.874,24	17,00	60,00	1.848,62
31/08/2011	09/09/2011	7.096,88	17,00	60,00	1.206,47
30/09/2011	09/10/2011	8.845,24	17,00	60,00	1.503,69
31/10/2011	09/11/2011	13.329,29	17,00	60,00	2.265,98
30/11/2011	09/12/2011	10.192,53	17,00	60,00	1.732,73
31/12/2011	09/01/2012	8.523,65	17,00	60,00	1.449,02
31/01/2012	09/02/2012	6.293,65	17,00	60,00	1.069,92
28/02/2012	08/03/2012	6.344,47	17,00	60,00	1.078,56
31/03/2012	09/04/2012	1.930,82	17,00	60,00	328,24
31/07/2012	09/08/2012	2.722,00	17,00	60,00	462,74
31/08/2012	09/09/2012	5.933,12	17,00	60,00	1.008,63
30/09/2012	09/10/2012	8.568,82	17,00	60,00	1.456,70
31/10/2012	09/11/2012	9.006,76	17,00	60,00	1.531,15
30/11/2012	09/12/2012	8.887,18	17,00	60,00	1.510,82
31/12/2012	09/01/2013	8.439,88	17,00	60,00	1.434,78
Total					21.116,54

Recomendo ao órgão responsável homologar os valores já recolhidos.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **080556.0001/16-0**, lavrado contra **BUAIS S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 21.116,54** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR

